

Schriften zum Europäischen Recht

Band 175

**Infrastrukturförderung
zwischen EU-Beihilfenrecht
und mitgliedstaatlicher
Wirtschaftspolitik**

Von

Michael Gayger



Duncker & Humblot · Berlin

MICHAEL GAYGER

Infrastrukturförderung zwischen EU-Beihilfenrecht
und mitgliedstaatlicher Wirtschaftspolitik

Schriften zum Europäischen Recht

Herausgegeben von

Siegfried Magiera · Detlef Merten

Matthias Niedobitek · Karl-Peter Sommermann

Band 175

Infrastrukturförderung zwischen EU-Beihilfenrecht und mitgliedstaatlicher Wirtschaftspolitik

Von

Michael Gayger



Duncker & Humblot · Berlin

Die Bucerius Law School,
Hochschule für Rechtswissenschaft, Hamburg
hat diese Arbeit im Jahre 2015 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2016 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: TextFormA(r)t, Daniela Weiland, Göttingen
Druck: buchbücher.de GmbH, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0937-6305
ISBN 978-3-428-14866-0 (Print)
ISBN 978-3-428-54866-8 (E-Book)
ISBN 978-3-428-84866-9 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Meinen Eltern,
Gabriele und Joseph Gayger*

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im April 2015 von der Bucerius Law School, Hochschule für Rechtswissenschaft, in Hamburg als Dissertation angenommen. Der Erstgutachter war Prof. Dr. Jörn Axel Kämmerer, der Zweitgutachter Prof. Dr. Hermann Pünder. Die mündliche Promotionsprüfung fand am 24.06.2015 zu dem Thema „Öffentliche gegen private Durchsetzung des Kartellrechts? Zum Akteneinsichtsrecht von Kartellgeschädigten in Kronzeugenanträge“ statt.

Ich möchte an dieser Stelle den vielen Menschen danken, die mich in meiner Promotionszeit unterstützt haben und mir mit Rat und Tat zur Seite standen. Sie alle zu nennen, würde den Rahmen eines Vorworts sprengen, doch einige möchte ich hervorheben. Dank gilt zunächst meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Jörn Axel Kämmerer. Er hat stets ein offenes Ohr für meine Anliegen gehabt. Dabei hat er mir jedoch viel Freiheit bei der Entwicklung und Ausarbeitung meiner Dissertation gelassen, was ich sehr zu schätzen wusste. Weiter danke ich Herrn Prof. Dr. Hermann Pünder für die zügige Erstellung des Zweitvotums. Der Konrad-Adenauer-Stiftung danke ich dafür, dass ich mit einem Stipendium der Graduiertenförderung finanziell und auch ideell gefördert wurde. Darüber hinaus sollen einige Personen aus meinem Freundeskreis nicht unerwähnt bleiben, namentlich Dr. Eva-Maria Hoyle und Dr. Matthias Schulz, mit denen ich viele Aspekte meiner Arbeit diskutieren konnte und die mir enorm dabei geholfen haben, das Manuskript zu finalisieren. Von ganzem Herzen gilt mein Dank auch meiner lieben Freundin Anna Span, die mich fachlich wie persönlich während meiner gesamten Promotionszeit mit viel Hingabe unterstützt hat. Nicht zuletzt danke ich vor allem aber meinen Eltern, die mir Zeit meines Lebens in allen Lebenslagen Rückhalt gegeben und meine akademische Ausbildung gefördert haben. Stets waren und sind sie mir ein Vorbild auf meinen Wegen. Ihnen soll diese Arbeit deshalb gewidmet sein.

Michael Gayger

Inhaltsübersicht

Einführung	31
A. Einleitung	31
B. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands	34
C. Zum Gang der Untersuchung	35
D. Bedeutendste Rechtsquellen der Untersuchung	36
E. Forschungsstand	37

Kapitel 1

Der Infrastrukturbegriff	38
A. Einleitung	38
B. Historische Entwicklung des Begriffs	38
C. Infrastruktur als Begriff in den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften	39
D. Entschließungen und Entscheidungen des Europäischen Parlaments	42
E. Infrastruktur als Rechtsbegriff des Europarechts	43
F. Ansätze zur weiteren Unterteilung der materiellen Infrastruktur	52
G. Abgrenzung zu ähnlichen Begriffen	55
H. Zusammenfassung und eigene Einschätzung	60

Kapitel 2

Infrastrukturen im Wettbewerb	62
A. Einleitung	62
B. Grundlagen zur Bestimmung der Wettbewerbsverhältnisse im Infrastrukturbereich	62
C. Marktversagen im Infrastrukturbereich	69
D. Zusammenfassung	92

Kapitel 3

Infrastrukturen im Europäischen Beihilfenrecht	94
A. Einleitung	94
B. Das Europäische Beihilfenrecht und seine allgemeinen Grenzen in kompetenzieller Hinsicht	94
C. Die Kompetenzverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten in der Infrastrukturpolitik	117
D. Zusammenfassung	122

Kapitel 4

Einzelfragen zur Anwendung der Beihilfenvorschriften auf den Infrastrukturbereich	124
A. Infrastrukturbetrieb als unternehmerische Tätigkeit	124
B. Die mitgliedstaatliche Förderung der Errichtung und des Betriebs von Infrastrukturen als selektiver wirtschaftlicher Vorteil eines Infrastrukturbetreibers	171
C. Wettbewerbsverfälschungen durch mitgliedstaatliche Infrastrukturförderung	247
D. Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels bei Infrastrukturmaßnahmen	288
E. Vereinbarkeit von Beihilfen zur Errichtung und zum Betrieb von Infrastrukturen mit dem Binnenmarkt	293

Kapitel 5

Zusammenfassung und rechtspolitischer Ausblick	364
A. Die Entwicklung der Entscheidungspraxis der Kommission zur beihilfenrechtlichen Bewertung der mitgliedstaatlichen Förderung der Errichtung und des Betriebs von Infrastrukturen	364
B. Eigene Einschätzung zur Kritik der Literatur an der Entwicklung der Rechtspraxis der Kommission	367
C. Eigene Bewertung der Kommissionspraxis	371
D. Rechtspolitischer Ausblick	374

Anhang: Thesenförmige Zusammenfassung	379
Literaturverzeichnis	384
Übersicht der wichtigsten zitierten Mitteilungen und sonstigen Veröffentlichungen der Kommission (chronologisch)	404
Sachverzeichnis	407

Inhaltsverzeichnis

Einführung	31
A. Einleitung	31
B. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands	34
C. Zum Gang der Untersuchung	35
D. Bedeutendste Rechtsquellen der Untersuchung	36
E. Forschungsstand	37
<i>Kapitel 1</i>	
Der Infrastrukturbegriff	38
A. Einleitung	38
B. Historische Entwicklung des Begriffs	38
C. Infrastruktur als Begriff in den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften	39
I. Der Begriff des Sozialkapitals nach <i>Hirschman</i>	39
II. Der Infrastrukturbegriff nach <i>Jochimsen</i>	40
III. Die Bestimmung der Infrastrukturinvestitionen nach <i>Tuchfeldt</i>	41
IV. Enumerative Begriffsbestimmungen am Beispiel von <i>Frey</i>	41
V. Zusammenfassung und eigene Einschätzung	41
D. Entschließungen und Entscheidungen des Europäischen Parlaments	42
I. Entschließung von 1989	42
II. Beschluss von 2010	43
E. Infrastruktur als Rechtsbegriff des Europarechts	43
I. Europäisches Primärrecht	43
II. Verordnungen und Richtlinien	44
III. Entscheidungspraxis von Kommission und Gerichtshof	46

1. Die Rechtspraxis zu Art. 102 AEUV	46
a) Die <i>Essential-Facilities-Doktrin</i> im Europäischen Recht	46
b) Exkurs: Vergleichbare Regelungen in den Mitgliedstaaten	48
2. Der Infrastrukturbegriff bei Art. 107 AEUV	50
a) Rechtspraxis der Kommission	50
b) Ansätze in der Literatur	51
IV. Zusammenfassung	52
F. Ansätze zur weiteren Unterteilung der materiellen Infrastruktur	52
I. Private und öffentliche Infrastrukturen	52
II. Punkt-Infrastrukturen, Punkt-Netzwerk-Infrastrukturen und Netzwerk-Infrastrukturen	53
III. Primäre und sekundäre Infrastrukturen	54
IV. Zusammenfassung	55
G. Abgrenzung zu ähnlichen Begriffen	55
I. Mitgliedstaatliche Konzepte wie <i>Daseinsvorsorge</i> und <i>Service Public</i>	56
1. Das deutsche Konzept der <i>Daseinsvorsorge</i>	56
2. Der französische Begriff des <i>Service Public</i>	57
II. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse	58
1. Infrastrukturbegriff ist weiter als jener der DAWI	58
2. Infrastrukturbegriff ist enger als jener der DAWI	59
3. Ergebnis	59
III. Zusammenfassung	59
H. Zusammenfassung und eigene Einschätzung	60

Kapitel 2

Infrastrukturen im Wettbewerb 62

A. Einleitung	62
B. Grundlagen zur Bestimmung der Wettbewerbsverhältnisse im Infrastrukturbereich	62
I. Marktwirtschaft und Wettbewerb	62
II. Wettbewerbsverhältnisse im Infrastrukturbereich	63
1. Wettbewerbsverhältnisse bei der Errichtung von Infrastruktureinrichtungen (<i>Errichtungsebene</i>)	64
2. Wettbewerbsverhältnisse beim Betrieb von Infrastrukturen (<i>Betreiberebene</i>)	65

a) Abgrenzung der Begriffe von Infrastrukturbetrieb und Infrastrukturnutzung	65
b) Wettbewerbsverhältnisse beim Infrastrukturbetrieb	67
3. Wettbewerbsverhältnisse bei der Nutzung von Infrastruktureinrichtungen (<i>Nutzer- oder Dienstleistungsebene</i>)	68
III. Zusammenfassung	69
C. Marktversagen im Infrastrukturbereich	69
I. Allokatives Marktversagen im Infrastrukturbereich	70
1. Allokatives Marktversagen durch Externalitäten und das Vorliegen von Eigenschaften öffentlicher Güter	72
a) Grundlagen	72
b) Besonderheiten im Infrastrukturbereich	73
aa) Positive externe Effekte	73
bb) <i>Öffentliche Güter</i>	74
c) Zusammenfassung und Ausblick	76
2. Allokatives Marktversagen durch Tendenzen zum natürlichen Monopol	77
a) Grundlagen	77
aa) Subadditivität	77
bb) Fehlen von potentielllem Wettbewerb	79
cc) Zusammenfassung	80
b) Besonderheiten im Infrastrukturbereich	80
aa) Netzinfrastrukturen	80
(1) Vorliegen von Subadditivität	80
(2) Fehlen von potentielllem Wettbewerb	81
(3) Verbleibender Spielraum für Wettbewerb	82
(a) Langfristiger Wettbewerb	82
(b) Intermodaler Wettbewerb	83
(c) Randzonenwettbewerb	84
bb) Wettbewerbspotentiale bei Punkt-Netzwerk-Infrastrukturen und Punkt-Infrastrukturen	87
(1) Wettbewerbspotentiale bei Punkt-Netzwerk-Infrastrukturen am Beispiel von Flughäfen und Häfen	87
(2) Beispiele für Wettbewerbschancen im Bereich der Punkt-Infrastrukturen	88
c) Zusammenfassung	89
II. Distributives Marktversagen im Infrastrukturbereich	90
D. Zusammenfassung	92

Kapitel 3

Infrastrukturen im Europäischen Beihilfenrecht

	94
A. Einleitung	94
B. Das Europäische Beihilfenrecht und seine allgemeinen Grenzen in kompetenzieller Hinsicht	94
I. Einleitung	94
II. Struktur des Europäischen Beihilfenrechts	95
III. Exkurs: Durchsetzung des Beihilfenrechts durch Private	97
IV. Rechtspolitische Ziele und Zwecke der Europäischen Beihilfenkontrolle	97
1. Das Konzept des Binnenmarktschutzes	98
2. Das Wettbewerbsmodell	98
3. Das Modell der politischen Integration	99
4. Zusammenfassung	100
V. Die Entwicklung der Europäischen Beihilfenpolitik bis 2005	101
VI. Die Reform der Beihilfenkontrolle seit 2005	103
1. Ökonomischer und wettbewerbspolitischer Hintergrund	103
2. Die rechtlichen Einfallstore für den <i>more economic approach</i> in der Beihilfenkontrolle	106
a) Tatbestandsebene – Art. 107 Abs. 1 AEUV	106
b) Vereinbarkeitsebene – Die <i>Abwägungsprüfung</i>	107
3. Zusammenfassung	109
VII. Rechtliche Grenzen der neuen Beihilfenpolitik der Union	110
1. Übersicht zur Kritik der Literatur an der Beihilfenreform von 2005 und der Einführung der <i>Abwägungsprüfung</i>	110
2. Insbesondere: Mangelnde Transparenz und Rechtssicherheit der <i>Abwägungsprüfung</i>	111
3. Die Reduzierung des Beihilfenvolumens und damit potentiell auch der mitgliedstaatlichen Infrastrukturinvestitionen als politisches Ziel der Kommission?	112
4. Zusammenfassung	116
C. Die Kompetenzverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten in der Infrastrukturpolitik	117
I. Die allgemeine Kompetenzverteilung zwischen der Union und den Mitgliedstaaten	117
II. Historischer Abriss zur Kompetenzverteilung im Infrastrukturbereich	119
III. Der Titel zu <i>Transeuropäischen Netzen</i>	120
IV. Folgerungen für die allgemeine Infrastrukturpolitik	121

V. Zusammenfassung und Folgerung 121

D. Zusammenfassung 122

Kapitel 4

**Einzelfragen zur Anwendung der Beihilfenvorschriften
auf den Infrastrukturbereich**

A. Infrastrukturbetrieb als unternehmerische Tätigkeit 124

 I. Der Unternehmensbegriff im Europäischen Beihilfenrecht 125

 II. Die Entwicklung der Rechtspraxis zur Einordnung von Infrastrukturbetreibern
 als Unternehmen 126

 1. Der traditionelle Ansatz in der Infrastrukturpraxis der Kommission 126

 2. Neuorientierung in der Kommissionspraxis 128

 a) Die Entscheidungspraxis der Kommission zum Flughafenbetrieb 128

 aa) Die kartellrechtlichen Entscheidungen zum Flughafenbetrieb 128

 bb) Die Entwicklung der beihilfenrechtlichen Kommissionspraxis zum
 Flughafenbetrieb 129

 cc) Zusammenfassung 133

 b) Die Entscheidungspraxis der Kommission zum Hafenbetrieb – eine un-
 einheitliche Linie 133

 aa) Die Kommissionspraxis bis zu Beginn der 2000er Jahre 134

 bb) Die Kommissionspraxis seit 2003 135

 cc) Zusammenfassung 138

 c) Die Entwicklung der Kommissionpraxis bei anderen Infrastrukturarten .. 138

 aa) Beispiele aus der Entscheidungspraxis 138

 bb) Besonderheiten bei der Förderung von Straßen- und Eisenbahnschie-
 neninfrastrukturen 139

 cc) Weitere Ausnahmen 141

 d) Zusammenfassung 141

 III. Der Infrastrukturbetrieb als nichtwirtschaftliches hoheitliches oder allgemein-
 politisches Handeln der Mitgliedstaaten 142

 1. Abgrenzungsansätze von hoheitlichem und wirtschaftlichem Handeln auf Grund-
 lage anderer Regelungsmaterien der Europäischen Verträge sowie auf Basis der
 mitgliedstaatlichen Verfassungen und meta-verfassungsrechtlicher Theorien 144

 a) Erster möglicher Anknüpfungspunkt: Begriff der „*öffentlichen Verwaltung*“
 im Kontext der Grundfreiheiten 144

 aa) Art. 45 Abs. 4 AEUV und Art. 51 AEUV 144

 bb) Spezifische Schwierigkeiten einer Legaldefinition aufgrund des funk-
 tionalen Unternehmensbegriffs im Beihilfenrecht 145

b)	Zweiter möglicher Anknüpfungspunkt: Herleitung hoheitlicher Aufgaben aus den Verfassungen der Mitgliedstaaten	146
c)	Dritter möglicher Anknüpfungspunkt: Herleitung hoheitlicher Aufgaben aus meta-verfassungsrechtlichen Theorien	147
aa)	Die „Aufgabentheorie“	147
bb)	Die „Befugnistheorie“	148
cc)	Zusammenfassung	149
d)	Zusammenfassung	149
2.	Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Bestimmung hoheitlicher Tätigkeiten	150
a)	Die Vergleichsmethode der Rechtssache <i>Höfner und Elser</i>	150
b)	Die positive Definition der wirtschaftlichen Tätigkeit in den Rechtssachen <i>Zollspediteure, Pavlov und Wouters</i>	151
c)	Die Bestimmung hoheitlicher Tätigkeiten nach der Entscheidung <i>Euro-control</i>	152
d)	Folgerungen von Kommission und Gerichtshof	154
e)	Zusammenfassung	155
3.	Entwicklung von eigenständigen Abgrenzungskonzepten in der Literatur	155
a)	Normative Abgrenzungskonzepte	155
b)	Abgrenzung anhand ökonomischer Erwägungen	156
c)	Zusammenfassung	158
4.	Folgerung für die Einordnung von mitgliedstaatlichen Infrastrukturmaßnahmen als hoheitliche Aufgaben der Mitgliedstaaten	159
a)	Allgemeine Abgrenzungsgrundsätze	159
b)	Insbesondere: Eigene Bewertung der Abgrenzung nach der jüngeren Rechtspraxis sowie der Mitteilung der Generaldirektion Wettbewerb speziell für den Bereich der Straßen- und Eisenbahnschieneninfrastrukturen	160
5.	Zusammenfassung	163
IV.	Der Infrastrukturbetrieb als vom Beihilfenrecht ausgenommener „dritter Bereich“ zwischen wirtschaftlicher und hoheitlicher Tätigkeit der Mitgliedstaaten	164
1.	Dogmatische Herleitung aus der Rechtsprechung zu Sozialversicherungssystemen	164
2.	Übertragung auf den Infrastrukturbereich	166
3.	Jüngste Rechtsprechung zur Annahme eines „dritten Weges“	167
4.	Zusammenfassung	168
V.	Zusammenfassung und eigener Ansatz	169
B.	Die mitgliedstaatliche Förderung der Errichtung und des Betriebs von Infrastrukturen als selektiver wirtschaftlicher Vorteil eines Infrastrukturbetreibers	171
I.	Unmittelbar betriebsbezogene mitgliedstaatliche Zuwendungen an Infrastrukturbetreiber	171
1.	Entwicklung der beihilfenrechtlichen Bewertung in der Kommissionspraxis	171

2. Exkurs: Formen unmittelbar betriebsbezogener mitgliedstaatlicher Vorteilsgewährungen an Infrastrukturbetreiber	173
a) Positive und negative mitgliedstaatliche Fördermaßnahmen	174
b) Zuwendungen finanzieller und nicht-finanzieller Art	174
II. Die mitgliedstaatliche Finanzierung der Errichtung von Infrastrukturanlagen als selektive Begünstigung des Infrastrukturbetreibers	175
1. Die Entwicklung der Kommissionspraxis zur mitgliedstaatlichen Förderung der Errichtung von Infrastrukturen	175
2. Exkurs: Die Neuausrichtung der Kommissionspraxis im Spannungsverhältnis zwischen den Vorgaben der Luftverkehrs-Leitlinien von 1994 und 2005	176
a) Erster Lösungsansatz: Substitution der Luftverkehrs-Leitlinien 1994	177
b) Zweiter Lösungsansatz: Ergänzung und Konkretisierung	177
c) Auflösung des Spannungsverhältnisses durch die Luftverkehrs-Leitlinien 2014?	178
3. Verbleibende offene Fragen	179
III. Die Behandlung von indirekten und mittelbaren Begünstigungen bei der mitgliedstaatlichen Infrastrukturförderung	180
1. Abgrenzung einer mittelbaren Begünstigung eines Infrastrukturnutzers von einer unmittelbaren Beihilfengewährung durch einen Infrastrukturbetreiber	181
2. Verschiedene Konstellationen der mittelbaren Begünstigung, erläutert anhand der Rechtspraxis von Kommission und Gerichtshof	182
a) Mittelbare Begünstigung auf der Nutzerebene durch Zuwendungen an den Infrastrukturbetreiber	182
aa) Die Einleitungsentscheidung zum Verfahren <i>Flughafen Leipzig/Halle</i>	182
bb) Die Entscheidung <i>InfraLeuna</i>	185
cc) Die Entscheidung <i>DTT in abgelegenen Regionen Spaniens</i>	186
b) Mittelbare Begünstigung auf der Betreiberebene durch Zuwendungen an den Infrastrukturnutzer (Nutzerebene) oder dessen Abnehmer (Endkundenebene)	187
aa) Kommissionentscheidungen <i>DVB-T Berlin/Brandenburg, DVB-T Bayern</i> und <i>DVB-T Nordrhein-Westfalen</i>	187
bb) Die Entscheidung <i>Italienische Decoder</i>	189
c) Mittelbare Begünstigung auf der Gesellschafterebene durch Zuwendungen an den Infrastrukturbetreiber	190
d) Mittelbare Begünstigung auf der Betreiberebene durch Zuwendungen an den Infrastruktureigentümer	191
e) Zusammenfassung	192
3. Rechtliche Zulässigkeit der Konstruktion von mittelbaren Begünstigungen	193
a) Kritik der Literatur an der Kommissionspraxis	193
b) Vereinbarkeit der Konstruktion der mittelbaren Begünstigung mit den Vorgaben des Beihilfenrechts – eigene Bewertung	196

c) Zusammenfassung	199
4. Eigene Einschätzung zur uneinheitlichen Anwendung der Rechtfigur der mittelbaren Begünstigung in der jüngeren Kommissionspraxis	199
a) Uneinheitliche Rechtspraxis der Kommission in Einzelfällen	199
b) Fehlen eines einheitlichen Maßstabs in den Leitlinienvorgaben der Kommission	200
aa) Rechtspraxis bei Breitband-Infrastrukturen	200
bb) Rechtspraxis zu Flughafen-Infrastrukturen	201
c) Eigene Bewertung	203
d) Zusammenfassung und Ausblick	204
5. Zusammenfassung	205
IV. Erste Ausnahme von der Annahme einer Begünstigung bei mitgliedstaatlicher Infrastrukturförderung: Anwendung des <i>Private Investor Tests</i>	205
1. Der <i>Private Investor Test</i>	205
2. Relevanter Investitionshorizont bei Infrastrukturinvestitionen	207
3. Paradoxe Rechtspraxis bei der Anwendung des <i>Private Investor Tests</i> auf Infrastrukturprojekte?	210
4. Zusammenfassung	212
V. Zweite Ausnahme von der Annahme einer Begünstigung bei mitgliedstaatlicher Infrastrukturförderung: DAWI und die <i>Altmark</i> -Kriterien	213
1. Erstes <i>Altmark</i> -Kriterium	214
a) Zur Begriffsbestimmung der „gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen“ ..	214
b) Bestimmung von „gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen“ beim Infrastrukturbetrieb	216
aa) Frühere Anknüpfungspunkte aus der Kommissionpraxis und Fehlen einer einheitlichen Abgrenzungsmethodik	217
bb) Jüngere Kommissionslinie und Einführung von Elementen der <i>Abwägungsprüfung</i>	219
(1) Das Vorliegen eines Marktversagens als Abgrenzungskriterium ..	219
(2) Die Einführung einer Erforderlichkeits-/Angemessenheitsprüfung	222
(3) Kritik der Literatur an der Neuorientierung der Kommissionspraxis und eigene Einschätzung	224
c) Zusammenfassung	226
2. Zweites <i>Altmark</i> -Kriterium	227
3. Drittes <i>Altmark</i> -Kriterium	227
a) Verhinderung von Überkompensation bei teilweise rentablen Infrastrukturprojekten	227
b) Ermittlung des „angemessenen Gewinns“ eines Infrastrukturbetreibers ..	228
4. Viertes <i>Altmark</i> -Kriterium	229
a) Spezielle Probleme bei der Durchführung eines Vergabeverfahrens	229

b) Spezielle Probleme bei der Durchführung einer Kostenanalyse	231
aa) Der Sonderfall <i>Breitband Dorsal</i>	232
bb) Schwierigkeiten der Anwendung der Vergleichsmethode bei Infrastrukturen mit Monopolisierungstendenzen	233
(1) Unternehmen mit Monopolstellung als Vergleichsunternehmen	233
(2) Ausgleichsempfänger mit Monopolstellung	233
(3) Zusammenfassung und eigene Einschätzung	234
5. Zusammenfassung	235
VI. Exkurs: Ausschluss einer Begünstigung bei Beteiligung Privater an öffentlichen Infrastrukturprojekten	236
1. Durchführung eines offenen, transparenten und bedingungsfreien Vergabeverfahrens	237
a) Grundsatz der Offenheit	238
b) Grundsatz der Transparenz	240
c) Grundsatz der Bedingungsfreiheit	241
2. Ermittlung eines Marktpreises durch unabhängige Sachverständigengutachten	242
3. Fortbestehen einer Begünstigung	243
VII. Zusammenfassung	246
C. Wettbewerbsverfälschungen durch mitgliedstaatliche Infrastrukturförderung	247
I. Das Merkmal der Wettbewerbsverfälschung in der Rechtspraxis von Kommission und Europäischen Gerichten	247
1. Das weite Verständnis nach der <i>Philip Morris</i> -Rechtsprechung und Abgrenzung zu den kartellrechtlichen Bestimmungen	247
2. Bestehen eines Spürbarkeitserfordernisses?	249
3. Neuorientierung infolge der Beihilfenreform 2005	250
4. Zusammenfassung	253
II. Die jüngere Rechtspraxis im Infrastrukturbereich	254
1. Ansätze einer intensivierten Untersuchung des Merkmals der Wettbewerbsverfälschung im Infrastruktursektor	254
a) Beispiele aus dem Bereich der Flughafeninfrastrukturen	254
b) Beispiele aus dem Bereich der Rundfunk-Übertragungsinfrastrukturen	256
c) Zusammenfassung	257
2. Kritik der Literatur an der zeitweiligen Neuausrichtung der Kommissionspraxis und eigene Einschätzung	258
3. Zusammenfassung	260
III. Erfordernis einer einheitlichen Methodik, insbesondere zur Marktabgrenzung	260
1. Marktabgrenzung im Europäischen Kartell- und Fusionskontrollrecht	261
2. Besonderheiten bei der Marktabgrenzung im Beihilfenrecht	263

a)	Keine Beschränkung auf einzelnen Produktmarkt	264
b)	Berücksichtigung von vor- und nachgelagerten Marktstufen	264
c)	Abwandlungen des SSNIP-Tests unter besonderer Berücksichtigung der <i>umgekehrten Cellophane Fallacy</i>	265
d)	Im Regelfall keine Berücksichtigung von Angebotssubstitution und potentiellen Wettbewerb	266
3.	Besonderheiten der Marktabgrenzung bei der mitgliedstaatlichen Förderung der Errichtung und des Betriebs von Infrastrukturen	267
a)	Berücksichtigung aller Geschäftsbereiche eines Infrastrukturbetreibers . .	267
b)	Berücksichtigung von vor- und nachgelagerter Märkte des Infrastrukturbetriebs	267
c)	Ausnahmsweise doch Berücksichtigung potentiellen Wettbewerbs	271
4.	Zusammenfassung	272
IV.	Der Wettbewerbsbegriff in Art. 107 Abs. 1 AEUV und das Verhältnis von Art. 107 Abs. 1 AEUV zu Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV	272
1.	Enger und weiter Wettbewerbsbegriff	272
a)	Enger Wettbewerbsbegriff	273
b)	Weiter Wettbewerbsbegriff	273
c)	Bedeutung für den Infrastruktursektor	274
d)	Auslegung des Wettbewerbsbegriffs in Art. 107 Abs. 1 AEUV	274
e)	Zusammenfassung	279
2.	Das Verhältnis von Art. 107 Abs. 1 AEUV zu Art. 107 Abs. 3 AEUV, ins- besondere Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV	279
3.	Zusammenfassung	282
V.	Wettbewerbsverfälschungen bei (natürlichen) Monopolen	282
1.	Situation bei gesetzlichen Monopolen	283
2.	Situation bei rein tatsächlichen Monopolen	284
a)	Erfordernis einer umfassenden Untersuchung der Monopolstellung	284
b)	Insbesondere: Vorliegen von Wettbewerb um den Markt	285
3.	Zusammenfassung	286
VI.	Zusammenfassung	286
D.	Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels bei Infrastrukturmaßnahmen	288
I.	Allgemeine Rechtspraxis zum Merkmal der Handelsbeeinträchtigung	288
II.	Anwendung im Infrastrukturbereich	289
III.	Darstellung der Uneinheitlichkeit der Rechtspraxis der Kommission im Infra- strukturbereich und eigene Einschätzung	290
IV.	Exkurs: Die neue Ausnahme für „lokale Infrastrukturen“ in der Beihilfen-Grup- penfreistellungsverordnung 2014	292
V.	Zusammenfassung und Ausblick	293

E. Vereinbarkeit von Beihilfen zur Errichtung und zum Betrieb von Infrastrukturen mit dem Binnenmarkt	293
I. Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV als zentrale Rechtfertigungsnorm für Infrastrukturbeihilfen	293
1. Rechtspraxis vor Veröffentlichung des <i>Aktionsplans</i>	293
2. Die sektorspezifische Umsetzung der <i>Abwägungsprüfung</i> und ihre Bedeutung in der Fallpraxis zu Infrastrukturbeihilfen	295
a) Die <i>Abwägungsprüfung</i> in den Breitband-Leitlinien	295
b) Die <i>Abwägungsprüfung</i> in den Luftverkehrs-Leitlinien	297
aa) Luftverkehrs-Leitlinien 2005	297
bb) Luftverkehrs-Leitlinien 2014	297
c) Die <i>Abwägungsprüfung</i> in der Rechtspraxis zu anderen Infrastrukturarten	298
3. Die einzelnen Elemente der <i>Abwägungsprüfung</i>	299
a) Erste Ebene der <i>Abwägungsprüfung</i> : Marktversagen oder allgemeines Ziel von gemeinsamem Interesse	299
aa) Werden vom Marktversagenkriterium auch Fälle distributiven Marktversagens erfasst?	299
(1) Ökonomischer und beihilfenpolitischer Hintergrund	300
(2) Beschränkung auf ein vorrangig allokatives Marktversagenkriterium	301
(3) Gleichrangige Berücksichtigung allokativer und distributiver Marktversagenserwägungen	304
(4) Weitere Entwicklung und Konzept im <i>Allgemeine Grundsätze-Papier</i>	306
(5) Zusammenfassung	306
bb) Allokatives Marktversagen in Form von Marktmacht und (natürlichen) Monopolen sowie Beihilfen zur Förderung eines „ <i>künstlichen Wettbewerbs</i> “	307
(1) Rechtliche Regelungen und wirtschaftspolitischer Hintergrund ..	307
(2) Die Rechtspraxis der Kommission im Beihilfenrecht	311
(a) Allgemeine Entwicklungen	311
(aa) Positionierungen der Kommission gegen die Anerkennung von Marktmacht im Rahmen des beihilfenrechtlichen Marktversagenbegriffs	311
(bb) Positionierungen der Kommission zugunsten der Anerkennung von Marktmacht im Rahmen des beihilfenrechtlichen Marktversagenbegriffs	312
(b) Kritik der Literatur an den Positionierungen der Kommission	313
(3) Eigener Ansatz	315
(4) Zusammenfassung	317

cc)	Das Marktversagenskriterium in der beihilfenrechtlichen Kommissionspraxis zum Infrastrukturbereich	318
(1)	Entwicklung der Kommissionspraxis	318
(a)	Beispiele für die Untersuchung eines allokativen Marktversagens	318
(b)	Beispiele für die Untersuchung distributiver Erwägungen	319
(c)	Zusammenfassung	321
(2)	Zusammenfassung und eigene Einschätzung	321
b)	Zweite Ebene der <i>Abwägungsprüfung</i> : Erforderlichkeits- und Angemessenheitsprüfung	322
aa)	Zulässigkeit einer strengen Erforderlichkeitsprüfung	322
(1)	Die neue Rechtspraxis der Kommission seit 2005	322
(2)	Kritik der Literatur an der neuen Rechtspraxis	323
(3)	Eigene Bewertung der Kritik der Literatur	325
(4)	Konsequenzen für die praktische Anwendung der <i>Abwägungsprüfung</i>	326
bb)	Weitere Entscheidungspraxis im Infrastrukturbereich	328
cc)	Zusammenfassung	330
c)	Dritte Ebene der <i>Abwägungsprüfung</i> : Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung sowie Gesamtabwägung	331
aa)	Prüfung der Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung	331
(1)	Bedeutung und Umfang der Prüfung	331
(2)	Eigene Einschätzung	332
bb)	Abwägung der positiven und der negativen Auswirkungen der mitgliedstaatlichen Fördermaßnahme	333
(1)	Allgemeine Grundsätze	333
(2)	Anwendung im Infrastrukturbereich	336
(a)	Bedeutung der vertieften Prüfung der Wettbewerbsverfälschung	336
(aa)	Bedeutung für lokale Infrastrukturen	336
(bb)	Reichweite und methodische Tiefe der Prüfung	337
(b)	Durchführung einer Gesamtabwägung	338
cc)	Zusammenfassung und eigene Einschätzung	339
4.	Zusammenfassung und Ausblick	340
II.	Regionalbeihilfen nach Art. 107 Abs. 3 lit. a) und lit. c) AEUV	342
1.	Infrastrukturen in den Leitlinien für Regionalbeihilfen 2006	342
a)	Anwendungsbereich der Leitlinien für Regionalbeihilfen 2006	342
b)	Genehmigungsvoraussetzungen und Rechtspraxis der Kommission	343
aa)	Regionale Zielsetzung der Fördermaßnahme	343
bb)	Sonstige Genehmigungsvoraussetzungen	344

2. Infrastrukturen in den Leitlinien für Regionalbeihilfen 2013	345
a) Anwendungsbereich der Leitlinien für Regionalbeihilfen 2013	345
b) Genehmigungsvoraussetzungen	346
3. Eigene Bewertung	347
4. Zusammenfassung	348
III. Kulturbeihilfen nach Art. 107 Abs. 3 lit. d) AEUV	348
IV. Beihilfen zur Koordinierung des Verkehrs nach Art. 93 AEUV	349
1. Anwendungsbereich und jüngere Rechtspraxis zu Art. 93 AEUV	349
2. Vergleich mit der <i>Abwägungsprüfung</i>	351
3. Zusammenfassung	352
V. Beihilfen für DAWI nach Art. 106 Abs. 2 AEUV	353
1. Bedeutung von Art. 106 Abs. 2 AEUV seit der <i>Altmark</i> -Entscheidung des Gerichtshofs	353
2. Vergleich zwischen Art. 106 Abs. 2 AEUV und den <i>Altmark</i> -Kriterien	353
a) Anwendungsbereich des Art. 106 Abs. 2 AEUV	353
b) Vergleich mit den einzelnen <i>Altmark-Kriterien</i> und darauf beruhende Kritik der Literatur an der Auslegung von Art. 106 Abs. 2 AEUV sowie eigene Einschätzung	354
c) Folgen für die Rechtspraxis der Kommission	356
3. Anwendung des Freistellungsbeschlusses im Infrastrukturbereich	357
4. Zusammenfassung	358
VI. Infrastrukturförderung in der Beihilfen-Gruppenfreistellungsverordnung 2014 ..	359
1. Beihilfen für bestimmte Arten von Infrastrukturen	359
2. Beihilfen für „lokale Infrastrukturen“	360
3. Zusammenfassung	361
VII. Zusammenfassung	362

Kapitel 5

Zusammenfassung und rechtspolitischer Ausblick

364

A. Die Entwicklung der Entscheidungspraxis der Kommission zur beihilfenrechtlichen Bewertung der mitgliedstaatlichen Förderung der Errichtung und des Betriebs von In- frastrukturen	364
B. Eigene Einschätzung zur Kritik der Literatur an der Entwicklung der Rechtspraxis der Kommission	367
I. Generelle Ausnahme von der Beihilfenkontrolle für die mitgliedstaatliche In- frastrukturförderung	367

II.	Die Rechtsfigur der <i>mittelbaren Begünstigung</i> bei mitgliedstaatlicher Infrastrukturförderung	368
III.	Die Anwendung des <i>Private Investor Tests</i> im Infrastrukturbereich	369
IV.	Die Anwendung der <i>Altmark</i> -Ausnahme im Infrastrukturbereich	369
V.	Die Prüfung der Vereinbarkeit von Infrastrukturbeihilfen mit dem Binnenmarkt, insbesondere die <i>Abwägungsprüfung</i>	370
C.	Eigene Bewertung der Kommissionspraxis	371
D.	Rechtspolitischer Ausblick	374
I.	Derzeit angestoßene Ansätze zur Weiterentwicklung der Rechtspraxis bezüglich Infrastrukturbeihilfen	374
II.	Eigene Vorschläge zur zukünftigen Anwendung der Beihilfenvorschriften auf die mitgliedstaatliche Förderung der Errichtung und des Betriebs von Infrastrukturen	374
1.	Konsequente Anwendung des Beihilfentatbestands auf Infrastrukturbetreiber	375
2.	Untersuchung der Begünstigungswirkung auf allen in Betracht kommenden Marktebenen	375
3.	Konsequente Ausgestaltung der <i>Altmark</i> -Tatbestandsausnahme	376
4.	Umfassende Untersuchung der Wettbewerbsverfälschung auf Tatbestands-ebene	376
5.	Das Merkmal der Handelsbeeinträchtigung als Schlüssel für eine effektive Beihilfenkontrollpraxis im Infrastrukturbereich	377
6.	Weitere Vereinheitlichung der Durchführung der <i>Abwägungsprüfung</i> auf Rechtfertigungsebene von Infrastrukturbeihilfen	377
	Anhang: Thesenförmige Zusammenfassung	379
	Literaturverzeichnis	384
	Übersicht der wichtigsten zitierten Mitteilungen und sonstigen Veröffentlichungen der Kommission (chronologisch)	404
	Sachverzeichnis	407

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere(r) Ansicht
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AEIDL	Association Européenne pour l'Information sur le Développement Local
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte(r) Fassung
Anh.	Anhang
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
Bd.	Band
Beschl.	Beschluss
BGH	Bundesgerichtshof
BRZ	Zeitschrift für Beihilfenrecht
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
CMLR	Common Market Law Review
DAI	Dienstleistung(en) von allgemeinem Interesse
DAWI	Dienstleistung(en) von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse
DB	Der Betrieb
DG Regio	Generaldirektion Regionalpolitik und Stadtentwicklung
DG Tren	Generaldirektion Energie und Verkehr
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EG	Europäische Gemeinschaften
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EL Rev	European Law Review
Ent.	Entscheidung
EStAL	European State Aid Law Quarterly
EU	Europäische Union
EuG	Gericht der Europäischen Union (vormals: Gericht erster Instanz)
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Zeitschrift)
f.	folgende(r)
ff.	fortfolgende(r)
Fordh. Int. Law Jnl.	Fordham International Law Journal
FS	Festschrift
Gerichtshof	Europäischer Gerichtshof

GG	Grundgesetz
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Hrsg.	Herausgeber
IJO	International Journal of Industrial Organization
insbs.	insbesondere
Iss.	Issue
JCLE	Journal of Competition Law & Economics
JECLP	Journal of European Competition Law & Practice
JEEA	Journal of the European Economic Association
J Regul Econ	Journal of Regulatory Economics
K&R	Kommunikation und Recht
Kap.	Kapitel
Kommission	Europäische Kommission
KommJur	Kommunaljurist
lit.	litera
Mitt.	Mitteilung
MMR	MultiMedia und Recht
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
No.	Number
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
RIO	Review of Industrial Organization
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
RTkom	Zeitschrift für das gesamte Recht der Telekommunikation
S.	Seite
sog.	so genannt
TKG	Telekommunikationsgesetz
u. a.	und andere
Urt.	Urteil
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vol.	Volume
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
z. B.	zum Beispiel
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

ZLW
ZWeR
ZWS

Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht
Zeitschrift für Wettbewerbsrecht
Zeitschrift für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften

Einführung

A. Einleitung

Infrastrukturen sind Motor für die wirtschaftliche Entwicklung einer Region. Die Versorgung mit Wasser und Energie, ein Straßenzugang, eine funktionsfähige Abfallentsorgung und Telekommunikationsinfrastruktur sind Grundlage für die Erschließung eines Gebiets für Bevölkerungs- und Unternehmensansiedlungen. In Zeiten zunehmender überregionaler Handelsbeziehungen ist aber auch eine darüber hinausgehende hochqualitative infrastrukturelle Ausstattung zu einem entscheidenden Standortvorteil geworden und damit unmittelbarer Faktor für die Schaffung von Wirtschaftskraft, Arbeitsplätzen und Wohlstand.

Kein produzierender oder dienstleistender Unternehmer kann heutzutage darauf verzichten, über moderne Verkehrs- und Kommunikationsinfrastrukturen den Anschluss an globale Märkte zu behalten. Dies betrifft keinesfalls nur multinationale Großkonzerne, um deren Ansiedlung politische Entscheidungsträger in verschiedenen Gebietseinheiten werben. Auch kleine und mittelständische Unternehmen, deren Leitungs- und Produktionsstätten sich zuweilen in Randlagen befinden, sind auf die Erschließung ihrer Regionen mit leistungsfähigen Infrastrukturen angewiesen, um im internationalen Wettbewerb bestehen zu können.

Gleichzeitig beschränkt sich das Erfordernis hochqualitativer Infrastrukturen allerdings nicht nur auf die Bedürfnisse der Produktions- und Dienstleistungswirtschaft, sondern stellt darüber hinaus einen wichtigen Aspekt der Lebensqualität für die Menschen dar. Kulturelle Einrichtungen wie Museen und Theater sowie Freizeit- und Sportanlagen wie Schwimmbäder und Multifunktionsarenen fördern die Attraktivität einer Gegend für Bewohner und Gäste. Der vom früheren deutschen Bundeskanzler Helmut Kohl zur Zeit der Wiedervereinigung geprägte Begriff der „*blühenden Landschaften*“ steht sinnbildlich für infrastrukturell hervorragend erschlossenen Gebiete, in denen Wirtschaft und Lebensqualität florieren.

Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass gerade lokale politische Akteure die Förderung der infrastrukturellen Entwicklung ihrer Region mit Wohlwollen betrachten und als politisches Ankerthema regelmäßig aufgreifen. Traditionell waren die Errichtung und der Betrieb von Infrastrukturen in der Europäischen Union ohnehin lange als allgemeine politische Aufgabe der Mitgliedstaaten betrachtet worden. Viele der großen Netzinfrastrukturen – Energie, Bahn, Telekommunikation – wurden bis in die frühen 1990er Jahre fast ausschließlich von der öffentlichen Hand finanziert und monopolisiert betrieben. Auch andere Infrastrukturen wurden bis dahin nahezu vollständig von staatlichen Stellen bereitgestellt, sei es im

Verkehrsbereich (Straßen, Flughäfen, Häfen), dem Kultur- und Sportbereich (Museen, Multifunktionsarenen) oder dem Rundfunkbereich (Sendefunkturen).

Seit den 1990er Jahren haben sich die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen des Infrastruktursektors in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union allerdings erheblich gewandelt. Angestoßen durch Liberalisierungsbestrebungen in den großen Netzwirtschaften erlebten weite Teile des Infrastrukturbereichs in den vergangenen beiden Jahrzehnten eine wirtschaftspolitische Neuausrichtung. Anstelle früherer staatlicher Monopole und regulatorischer Marktzutrittsschranken entwickeln sich seitdem (teilweise sektorspezifisch regulierte) wettbewerbliche Strukturen auf immer mehr Infrastrukturmärkten. Die wettbewerbliche Öffnung des Infrastruktursektors soll dafür sorgen, dass eine qualitativ hochwertige Versorgung von Unternehmen und Bevölkerung mit infrastrukturellen Leistungen bei gleichzeitig möglichst geringer Kostenbelastung für die öffentlichen Haushalte realisierbar wird.

Zugleich werden zunehmend privatwirtschaftliche Unternehmen im Infrastrukturgeschäft tätig. Den Mitgliedstaaten kommt diese Entwicklung vor allem dadurch entgegen, dass zunehmend privates Kapital für Infrastrukturinvestitionen herangezogen werden kann. Auf diese Weise können auch Projekte realisiert werden, die angesichts der angespannten Finanzlagen der öffentlichen Kassen ansonsten kaum umsetzbar gewesen wären. Die privaten Infrastrukturunternehmen haben dagegen erkannt, dass mit dem Betrieb von Infrastrukturen beachtliche Gewinne erzielt werden können und dort langfristige Renditeperspektiven bestehen.

Die Liberalisierungsentwicklungen im Infrastruktursektors haben zur Folge, dass sich die Errichtung und der Betrieb von Infrastrukturen in der Union zunehmend nicht mehr allein nach allgemeinpolitischen oder (raum-)planerischen Erwägungen der Mitgliedstaaten richtet, sondern auch nach marktwirtschaftlichen Gesichtspunkten. Damit geht die Entwicklung wettbewerblicher Strukturen auf den Infrastrukturmärkten einher, auf denen Infrastrukturbetreiber immer stärker in Konkurrenz zueinander treten.

Gleichzeitig behalten die Mitgliedstaaten jedoch eine starke Stellung im Infrastrukturbereich, da sie trotz dieser Entwicklungen zumindest auf mittelfristige Sicht weiterhin die wichtigsten Kapitalgeber für die Errichtung und den Betrieb von Infrastrukturen bleiben werden. Die Bereitstellung von Infrastrukturen über den freien Markt funktioniert aufgrund ihrer besonderen ökonomischen Eigenschaften und vor dem Hintergrund ihrer sozial- und regionalpolitischen Bedeutung nicht immer in volkswirtschaftlich oder politisch erwünschenswertem Maße.

Dort jedoch, wo sich entwickelnde wettbewerbliche Strukturen auf gewollte und gesamtwirtschaftlich teils auch sinnvolle politische mitgliedstaatliche Interventionen treffen, stellt sich die rechtliche Frage, wie der von den Europäischen Verträgen geforderte Wettbewerbsschutz im Binnenmarkt mit den Interessen der Mitgliedstaaten an wirtschaftspolitischen Eingriffen in Infrastrukturmärkte in Einklang gebracht werden kann. Nicht ohne Grund besteht auch heute noch die Ansicht, über 50 Jahre nach Einführung der ersten Fassungen der europäischen Wettbewerbs-

regeln, dass die größten Gefahren für den Wettbewerb im Binnenmarkt nicht etwa von zur Kartellbildung und zum Monopolmissbrauch geneigten Unternehmen ausgehen. Vielmehr lägen diese in den wirtschaftspolitischen Eingriffen der Mitgliedstaaten¹. Andererseits stellt sich allerdings exemplarisch gerade im Infrastrukturbereich die Frage, warum dort nicht politischen und planerischen Zielvorstellungen der Vorrang gegenüber ohnehin als insgesamt unvollkommen betrachteten Marktstrukturen gewährt werden sollte.

Mit der Beihilfenkontrolle statten die Europäischen Verträge die Europäische Kommission² mit einem wirkungsstarken Instrument aus, um den Schutz des Wettbewerbs im Binnenmarkt vor der mitgliedstaatlichen Gewährung materieller Vorteile an bestimmte Unternehmen zu gewährleisten. Solange im Infrastrukturbereich in der Vergangenheit keine wettbewerblichen Strukturen bestanden und die Förderung der Errichtung und des Betriebs von Infrastrukturanlagen als allgemeine wirtschafts- und planungspolitische der Mitgliedstaaten angesehen wurde, konnte diese auch nicht der Beihilfenaufsicht der Kommission unterfallen. Mit der schrittweisen Liberalisierung der alten Staatsmonopole, dem steigenden Einfluss privater Unternehmen und der weiteren wirtschaftlichen Fortentwicklung des Infrastruktursektors erkannte die Kommission jedoch die Erforderlichkeit, den Wettbewerbsschutz und die Anwendung der Beihilfenvorschriften auch auf mitgliedstaatliche Infrastrukturmaßnahmen auszudehnen.

Freilich bewegt sie sich dabei in einem wirtschaftlich, politisch und rechtlich aufgeladenen Spannungsfeld: Während sie auf der einen Seite über das Beihilfenrecht den Wettbewerbsschutz als ihre Aufgabe aus den Verträgen durchzusetzen hat und damit am Projekt eines von Wettbewerbshemmnissen freien Binnenmarkts mitwirkt, muss sie auf der anderen Seite ihre nur begrenzten Kompetenzen zur Mitgestaltung der mitgliedstaatlichen Wirtschaftspolitiken im Allgemeinen und der Infrastrukturpolitik im Besonderen beachten. Schnell sieht sie sich von mitgliedstaatlicher Seite dem Vorwurf ausgesetzt, die Regeln der Beihilfenkontrolle nur als Vorwand dazu zu nutzen, jenseits ihrer Zuständigkeit eine eigene Harmonisierungspolitik im Infrastrukturbereich anzustreben. Andererseits stehen mitgliedstaatliche Kritiker der Kommissionspraxis zuweilen nicht völlig zu Unrecht in dem Verdacht, ein bewusstes Eigeninteresse an der Aushebelung des Wettbewerbsschutzes im Infrastrukturbereich zu haben, um auf diese Weise öffentlichen Unternehmen oder Mitgliedern alter politischer Netzwerke aus Zeiten vor der Liberalisierung wirtschaftliche Vorteile im lukrativen Infrastrukturgeschäft zu verschaffen.

Unabhängig von der politischen Bewertung derartiger Sachverhalte geht es bei einer rechtlichen Analyse der Anwendbarkeit der Vorschriften des Beihilfenrechts auf mitgliedstaatliche Infrastrukturvorhaben somit um handfeste Machtfragen: Haben die Mitgliedstaaten oder hat die Union das letzte Wort bei der Planung, Organisation und Finanzierungsgestaltung von Infrastrukturprojekten?

¹ So etwa *Emmerich*, Kartellrecht, S. 19.

² Im Folgenden nur „Kommission“.